



Économie publique/Public economics

07 | 2001/1

Analyse économique du droit

Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation

Didier Danet



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/1573>

ISSN : 1778-7440

Éditeur

IDEP - Institut d'économie publique

Édition imprimée

Date de publication : 15 janvier 2001

ISBN : 2-8041-3634-5

ISSN : 1373-8496

Référence électronique

Didier Danet, « Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation », *Économie publique/Public economics* [En ligne], 07 | 2001/1, mis en ligne le 07 décembre 2005, consulté le 02 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/1573>

économie publique public economics

Revue de l'**Institut d'Économie Publique**

Deux numéros par an

n° 7 – 2001/1



© De Boeck & Larcier s.a., 2001
Editions De Boeck Université
Rue des Minimes 39, B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2001/0074/226

ISSN 1373-8496
ISBN 2-8041-3634-5

économiepublique sur internet : www.economie-publique.fr

© Institut d'économie publique – IDEP

Centre de la Vieille-Charité

2, rue de la Charité – F-13002 Marseille

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

La revue **économie**publique bénéficie du soutien du Conseil régional Provence-Alpes-Côte d'Azur

ISSN 1373-8496



Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation

Didier Danet

Ecole Spéciale Militaire de Saint-Cyr, Institut de Gestion de Rennes

1 Introduction

L'économie du droit accorde traditionnellement une place importante à l'analyse des processus au travers desquels émergent les normes juridiques qui forment le cadre des activités sociales (Barrère 1999). Cette attention est largement justifiée au regard des enjeux théoriques aussi bien que pratiques de la question. Il paraît en particulier difficile de ne pas y voir l'un des thèmes majeurs de la construction européenne.¹ Comme on le sait, l'approche doctrinale de la question s'opère autour d'une *summa divisio* de nature institutionnelle : d'un côté les systèmes de « droit légiféré », de l'autre les systèmes de « droit spontané ».

Les vertus de cette classification sont incontestables. Pour autant, son pouvoir explicatif et prédictif ne nous paraît pas entièrement convaincant en ce que, s'il rend compte de l'architecture différente des droits romano-germanique et anglo-américain, il ne donne qu'une représentation appauvrie des systèmes juridiques évolués. Nous nous proposons de revenir, dans un premier temps, sur les forces et faiblesses comparées du droit légiféré et du droit spontané avant de nous intéresser à un processus de création des règles juridiques : la normalisation.

¹ À cet égard, la question est largement indissociable de celle des rapports qui doivent unir les raisonnements économiques et juridiques dans la construction et l'application des normes (Backhaus 1997b; Danet 1995)

2 La distinction entre droit spontané et droit légiféré

L'opposition entre les systèmes légiférés et les systèmes spontanés de création des normes juridiques renvoie sur le plan théorique à l'approche hayékienne. Dans cette perspective, on reproche aux premiers leur incapacité à promouvoir l'efficacité économique et, corrélativement, leur propension à engendrer des coûts de transaction élevés ainsi que des distorsions importantes dans les décisions d'allocation individuelles (Rubin 1977; Rubin 1982).

À la suite d'autres auteurs (Backhaus 1997a; Josselin and Mariano 2000), nous avons eu l'occasion de montrer les limites de l'approche spontanéiste, notamment le caractère nécessairement conservateur qui est inhérent à tout processus d'auto-émergence des normes lorsqu'il revêt la forme particulière de la règle précédentielle telle qu'elle est pratiquée dans la jurisprudence américaine du droit des affaires (Danet 1999). Nous nous proposons ici de poursuivre cette analyse des différents modes de création du droit pour établir que le droit légiféré peut constituer un processus adaptatif tout à fait remarquable dès lors que certaines conditions sont remplies.

2.1 Le droit légiféré : les vertus de la construction rationnelle

On connaît le discours inspiré de la réflexion hayékienne selon laquelle le système juridique est tributaire de « l'ignorance nécessaire et irrémédiable où se trouve tout le monde, de la plupart des faits particuliers qui déterminent les actions de chacun des nombreux membres de la société humaine » (Hayek 1980). L'impossibilité pour quelque acteur que ce soit de réunir l'ensemble des informations nécessaires pour prendre une décision pertinente s'applique au législateur comme à tout autre agent individuel ou collectif. Il est donc totalement illusoire d'espérer créer un ordre juridique cohérent en édictant des textes législatifs ou réglementaires qui ne sont qu'une accumulation sédimentaire de « solutions particulières de problèmes particuliers » (p.71). Un droit d'origine légiférée ne pourrait être valide que sous la condition évidemment intenable, car nécessairement surhumaine, de l'omniscience de ses concepteurs. Pour les agents auxquels le droit doit fournir la règle du jeu socio-économique, les dommages causés par les systèmes de droit légiféré sont évidents. Confondu avec la loi et légitimé par référence aux conditions procédurales de son mode de formation, le droit légiféré se trompe sur les tenants et les aboutissants des règles qu'il édicte; la loi ne fait qu'assurer le monopole juridiquement protégé de certains intérêts particuliers ou catégoriels. Ce type de droit se mon-

tre incapable de doter le tissu socio-économique des mécanismes de régulation efficaces dont il aurait besoin.²

Même si l'on concède à Hayek le mérite d'avoir mis en évidence la nature exploratoire des règles juridiques et la difficulté inhérente à la dispersion du savoir pertinent, faut-il pour autant proclamer la nécessaire inefficacité du droit légiféré et l'asservissement des agents concernés à des normes inadaptées auxquelles ils doivent malgré tout se conformer ? Ce serait là méconnaître singulièrement certains principes fondamentaux, notamment, pour ce qui est du droit français, la distinction établie par l'article 6 du Code civil³ entre les lois impératives et les lois supplétives. Même si les premières sont, historiquement, en voie d'augmentation dans les rapports inter-individuels qui relèvent de l'ordre socio-économique, il n'en reste pas moins que le principe fondamental du consensualisme autorise le plus souvent les agents à écarter les normes établies par le législateur et à mobiliser leur propre stock de connaissances pour fixer eux-mêmes le cadre juridique de leurs transactions.⁴ Le droit légiféré n'est souvent qu'un droit par défaut, la volonté constructiviste du législateur ne s'imposant qu'en l'absence de référence des parties à un ordre spontané qu'elles adoptent ou dont elles seraient les initiatrices. À cet égard, il n'est pas rare de voir la loi courir en vain après des usages dont elle voudrait entériner les principes, modifier les équilibres ou nuancer la portée. Le domaine du droit des affaires en fournit l'illustration quotidienne.

C'est ainsi qu'en matière de crédit, la volonté législative de développer la protection de l'emprunteur ou de ses garants se heurte depuis toujours à des stratégies de contournement permises par le caractère supplétif de la loi et largement exploitées par les organismes de crédit ou les pourvoyeurs de crédit inter-entreprises.

L'équilibre de la vente prévoit-il que celle-ci est parfaite et que la propriété est transférée à l'acheteur dès la signature de la convention⁵, obligeant le vendeur impayé à mettre en œuvre les procédures lourdes, coûteuses et aléatoires des voies d'exécution ? La pratique se charge d'inventer les formules qui retarderont le transfert de propriété

² Les insuffisances du droit légiféré semblent si communément prises pour argent comptant que Jurgen Backhaus écrit à juste titre qu'elle s'inscrivent dans le « folklore » de l'économie du droit et qu'elles empêchent tout débat véritable sur les mérites comparés des différents systèmes. (Backhaus 1997a)

³ « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Ce qui revient à dire, *a contrario*, que les parties peuvent écarter le dispositif légal dans toutes les matières qui ne relèvent pas de l'ordre public et des bonnes mœurs.

⁴ Le droit légiféré intervient parfois pour consacrer ou conforter cette liberté des acteurs : ainsi la création de la Société par actions simplifiées (SAS) ouvre-t-elle aux entrepreneurs la possibilité d'organiser eux-même le cadre juridique de leur activité, notamment dans les rapports qu'ils entendent établir entre dirigeants, dirigeants et associés, associés eux-mêmes...

⁵ « La vente est parfaite et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » (C.Civ. 1583)

jusqu'au complet paiement du prix et donneront au vendeur la possibilité de reprendre le bien en cas de défaillance de son débiteur : crédit-bail, clause de réserve de propriété... toutes formules que le législateur entérinera *in fine* mais qui sont des exemples typiques de l'esprit d'invention des juristes et illustrent une fois de plus le fait que « le droit est la plus grande école de l'imagination » selon la formule de Giraudoux.

Le régime du cautionnement dispose-t-il que le garant doit porter de sa main le montant de la somme cautionnée sur le contrat⁶ alors que la banque souhaite un engagement inconditionnel par simple signature ? Le cautionnement est délaissé au profit de formules plus souples : garanties à première demande, lettres d'intention... qui s'avèrent plus rigoureuses que le cautionnement lui-même (Com. 15 octobre 1991). Le juge en revient alors « naturellement » à une lecture de la loi plus conforme à la pratique commerciale. Il se range à une solution intermédiaire dans laquelle la mention manuscrite n'est qu'une exigence de preuve et non une condition d'existence du contrat, ce qui autorise la banque à apporter le complément de preuve nécessaire à la validité de la garantie. Dans cette confrontation entre le respect de la parole donnée (principe fondamental de la pratique fiduciaire) et le souci de la forme contractuelle (exigence du droit légiféré), c'est le premier qui l'emporte sans discussion (Danet 1994).

L'exemple le plus connu et le plus spectaculaire de ce hiatus entre le principe légal et la pratique commerciale est sans doute celui du prêt à intérêt dont l'interdiction médiévale est régulièrement réitérée jusqu'à la Constituante (Hilaire 1995). Savary pas plus que Turgot ne parviennent à convaincre la royauté de prendre le risque d'un affrontement direct avec la papauté, laquelle affirme de manière constante son attachement à la prohibition, en particulier dans l'encyclique *Vix Pervenit* de 1745. Cet immobilisme législatif n'empêche pas les commerçants de stipuler quotidiennement des intérêts dans les opérations financières. La force de l'usage est telle que la Chambre de commerce de Rouen, consultée en 1716 sur la réforme de l'ordonnance de 1673, propose de donner une existence officielle au prêt à intérêt et de fixer ce dernier à six pour cent « suivant l'usage établi par les marchands ». Le principe est donc de notoriété publique et il est suffisamment répandu pour qu'un taux de marché se soit établi et que son montant soit connu des institutions judiciaires. Dans ce domaine pourtant sensible, le poids respectif du droit et du fait ne laisse aucun doute. En 1769, lorsque des débiteurs de mauvaise foi engagent une action en nullité de prêts pour cause de stipulation d'intérêts et que le procureur du Roi accepte de donner suite aux plaintes, une crise brutale éclate qui provoque l'assèchement complet et immédiat de la place financière d'Angoulême,

⁶ « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent... doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit un engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme... en toutes lettres et en chiffres... » (C.Civ. 1326)

entraînant avec elle la ruine du crédit des marchands qui y sont installés. Ces derniers ne trouvent plus aucun partenaire, y compris sur des places pourtant éloignées comme celle de Lyon. Turgot, alors intendant d'Angoulême, perçoit le danger d'une telle politique judiciaire et saisit le Roi lui-même. Il s'ensuit une série de décisions illustrant la schizophrénie ordinaire dont le pouvoir doit s'accommoder. D'une part, le Conseil du Roi décide l'arrêt des poursuites sans prendre de décision sur le fond, ce qui confirme la force de l'usage commercial; d'autre part, un arrêt de règlement du 10 janvier 1777 réaffirme la prohibition du prêt à intérêts. La lettre de la loi est réaffirmée mais la pratique judiciaire la prive de toute portée pratique. Il faudra la secousse révolutionnaire pour que le principe légal soit enfin mis en conformité avec l'usage ancien et constant du commerce.

Il n'est sans doute pas nécessaire de multiplier les exemples qui, tous, démontrent que le droit légiféré n'interdit nullement aux parties de mobiliser leurs connaissances éventuelles dans l'hypothèse où le constructivisme législatif ne les satisfait pas. Seules les dispositions intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas susceptibles de dérogations par convention. On peut donc lire le droit légiféré, dès lors qu'il n'est pas impératif, comme une proposition de cadre juridique dont pourraient se satisfaire certaines parties ne disposant pas d'un niveau d'information supérieur à celui du législateur et qui bénéficieraient ainsi d'un avantage en termes de coûts de négociation de leur contrat. En revanche, les agents disposant d'un degré d'information plus élevé que le législateur et qui sont prêts à assumer le coût de transaction correspondant pourraient recourir à un agencement spécifique du cadre de leur accord. Le droit légiféré n'est donc pas imposé par un tyran tyrannique imposé à des agents qui n'en peuvent mais par un démiurge myope.

2.2 Le droit spontané : les vices constitutifs des règles émergentes

2.2.1 Observations liminaires quant aux systèmes de droit spontanés

Avant d'en venir précisément aux vices des règles juridiques émergentes, il convient préalablement de qualifier ce que l'on peut entendre par système de droit spontané. La précision est nécessaire en raison de l'assimilation fréquente à laquelle la littérature procède entre les notions de droit spontané et de « common law », entendue au sens anglo-américain de casuistique fondée sur la règle du précédent. Or, au regard même de la logique inhérente à toute jurisprudence précédentielle, il est facile de comprendre qu'un tel système purement précédentiel ne peut avoir qu'une capacité d'innovation et d'adaptation très limitée.

Si la solution expérimentée dans le passé et qui a donné satisfaction en un instant donné peut prétendre ipso facto au statut de paradigme jurisprudentiel, elle devient le type idéal auquel vont être réduites les espèces futures. Une sorte de verrouillage automatique des possibilités de décisions alternatives intervient qui met fin au processus d'apprentissage et restreint la capacité des acteurs de faire évoluer les constructions judiciaires. La jurisprudence n'est plus ce processus exploratoire et adaptatif que les analystes hayékiens se plaisent à décrire; elle devient archéologie juridique compulsive et se donne pour ambition d'extraire des strates jurisprudentielle anciennes le cas antérieurement jugé et dont la grille analytique pourra être plaquée sur le litige actuel.

Pour satisfaire aux exigences du modèle hayékien, le système de découverte des normes juridiques doit être capable d'apprendre à apprendre. Ce n'est qu'à ce prix qu'il réalise une véritable accumulation progressive des connaissances et qu'il permet de faire évoluer les règles dans le sens d'une plus grande adaptation aux besoins de régulation des acteurs. De manière plus précise, un ordre juridique ne satisfait à cette définition spontanéiste que s'il présente quatre traits : le fondement du système juridique et de l'acceptation des règles est la réciprocité basée sur l'intérêt de chacun à la conservation de l'ordre; l'émergence des normes résulte d'un processus d'essais et erreurs; la résolution pacifique du contentieux est le fait d'une instance spécialisée dotée du pouvoir de *juris dictio* mais dénuée de l'*imperium* juridictionnel; le recours à l'ostracisme permet d'assurer l'effectivité de la sanction. (Ogus 1998) La règle précédentielle pure ne satisfait nullement à cet ensemble de conditions et ce n'est pas à celle que nous référerons ici pour juger des mérites de l'ordre spontané.

Le modèle auquel nous nous attacherons nous est fourni par le droit commercial français en tant qu'il est fondé très largement sur la reconnaissance des usages, c'est à dire sur la consécration par le juge de comportements individuels devenus régularités sociologiques par imitation librement consentie. Dans ce sens, la *lex mercatoria* s'apparente, beaucoup mieux que la règle précédentielle, au cadre analytique décrit par les promoteurs de l'ordre juridique spontané. Elle est, en effet, un bon exemple de système de droit fondé sur l'émergence de comportements imitatifs dont l'effectivité est assurée par l'ostracisme possible des tricheurs, l'arbitre étant essentiellement celui par qui l'information transite entre les acteurs (Benson 1989a; Benson 1989b; Friedman 1979; Milgrom, North and Weingast 1990).

2.2.2 La dimension constructiviste des systèmes de droit spontanés

Le reproche que l'on peut adresser à ces systèmes de droit spontané, en ce qu'ils sont supposés procéder de la pratique sociale sans la médiation d'une instance spécialisée, est de prendre au pied de la lettre la dé-

finition juridique classique de l'usage sans tenir compte d'une donnée implicite mais essentielle : le rôle du juge.⁷ La mutation de l'usage sociologique, c'est à dire de la régularité comportementale d'un milieu spécifique, en norme juridique suppose par construction un acte créateur de l'instance habilitée à la formuler (Pedamon, 1959). Mais, le juge n'est jamais un simple huissier des pratiques sociales. Il dispose d'un pouvoir de *juris dictio*, pouvoir de dire le droit applicable à l'espèce, qui comporte une dimension créatrice plus ou moins étendue selon les hypothèses et qui ne peut jamais être considérée comme totalement absente. De ce fait, la transformation de la pratique sociale en norme juridique procède d'une confrontation dialectique entre le juge et le milieu professionnel.

Dans certains cas extrêmes, l'usage sociologique est fermement établi. Il est connu de tous les intéressés, ne soulève aucune discussion et ne suscite de contentieux que de la part de plaideurs de mauvaise foi. Par exemple, toute marchandise vendue sans précision quant à sa qualité doit être loyale et marchande. La codification est constituée pour partie d'usages de ce type. L'article 1650 du Code Civil en donne un exemple évident : « La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente ». Nul ne contestera que la bonne foi consacrée par l'usage courant consiste, pour un acheteur, à payer à son vendeur la somme correspondant au prix du bien qu'il a acquis de lui. En présence d'un acheteur qui refuse de régler sa dette, le rôle du juge semble alors très proche de celui d'un observateur objectif qui aurait pour mission de constater les faits et d'appliquer la règle unanimement admise. Cela signifie-t-il pour autant la disparition de tout pouvoir créateur du juge ? La réponse est assurément négative. Ce pouvoir intervient ici essentiellement au regard de la qualification des faits. La convention qui a donné naissance au litige est-elle bien une vente et non pas un don ? Les conditions de validité du contrat ont-elles été respectées. Par exemple, le consentement de l'acheteur n'a-t-il pas été surpris par erreur ou par dol ? Le vendeur s'est-il, pour sa part, acquitté de ses obligations, notamment de l'obligation de délivrance ? Ce travail de qualification montre d'ailleurs que la casuistique précédentielle n'offre qu'une garantie des plus limitées aux justiciables qui ne seront assurés de se voir appliquer la même solution à un même litige qu'une fois la qualification des faits opérés. Selon que le juge qualifie les faits de l'espèce de telle ou telle manière, il pèse lourdement sur le choix de la solution applicable. La référence au précédent n'offre par conséquent qu'une garantie de neutralité limitée, le problème principal se déplaçant dès lors sur le terrain du rattachement de l'espèce à un précédent particulier. Au total, il apparaît que même si l'usage est connaissance commune des agents, le passage du fait sociologique à la norme juridique laisse à l'organe juri-

⁷ Le raisonnement qui suit est également applicable à l'arbitre dont le pouvoir créateur est aussi important que celui du juge. Voir sur ce point : (Civ.2 9 décembre 1981)

dictionnel une possibilité d'interprétation discrétionnaire qui n'est pas négligeable.

Le plus souvent, ce pouvoir créateur du juge est beaucoup plus important. Il n'est pas possible dans le cadre de cet article de détailler l'ensemble des facteurs qui en déterminent l'étendue. Les plus notables peuvent cependant être évoqués en quelques lignes.

– *Le pouvoir créateur résultant de la nature incertaine des usages*

S'agissant de la nature des usages, ceux-ci naissent de pratiques isolées, considérées comme satisfaisantes par des communautés d'acteurs limitées. Ils ne sont alors connus que d'un petit nombre d'initiés dont ils facilitent les transactions en réduisant les coûts de négociation des contrats. Ce n'est que par la multiplication des échanges placés sous ce régime que la convention initiale acquiert la dimension collective sans laquelle il n'y a pas d'usage normatif (Besançon, 25 janvier 1926). Il est donc évident que le terrain des usages est éminemment mouvant et qu'en dehors de quelques règles fondamentales qui sont l'application la plus élémentaire de la bonne foi ou des règles de vie du milieu, la plupart d'entre eux formeront une matière évolutive sinon dans ses principes fondamentaux, du moins dans ses modalités d'application. Des différences parfois significatives pourront naître de la distance géographique, de la différence des milieux professionnels concernés, de l'évolution des pratiques au cours du temps... À cet égard, il a déjà été relevé que la capacité d'harmonisation d'un système purement spontané n'était pas nulle mais qu'elle posait des problèmes de coordination certains (Josselin and Marciano 1995). Le rôle interprétatif du juge s'en trouve fortement accru.

– *Le pouvoir créateur résultant de la nécessaire harmonisation des différents corps de règles juridiques*

Il est de même évident que l'usage ne se développe pas indépendamment des autres règles légales ou coutumières et qu'il doit exister une cohérence minimale de l'ensemble normatif. Le juge intervient alors pour assurer cette cohérence, ce qui le conduit à agir sur le contour et/ou la portée de la règle même s'il ne peut dire le droit arbitrairement et doit nécessairement respecter les principes généraux de résolution des conflits de normes (Leymarie 1974, n°97-103).

Une première hypothèse est celle des usages particuliers que certains milieux adoptent en raison de particularités dans leurs modes de fonctionnement et qui dérogent aux comportements habituellement en vigueur. Le juge ne peut librement opter pour l'usage général ou pour l'usage particulier. Il doit respecter l'adage classique « *specialia generalibus derogant* ». La raison commande de donner priorité à l'usage spécial dans la mesure où il est supposé répondre à un besoin spécifique et que la solution étant jugée plus pertinente par les acteurs, elle doit s'imposer au juge (exemple : la capitalisation des intérêts qui s'effectue normalement tous les ans (C.Civ. 1154) peut intervenir tous les trois mois (Civ. 14 mai 1850; Civ. 21 juillet 1931) voire à terme plus

rapproché en matière d'avances sur titres ou d'opérations de bourse (Cass.Req. 5 décembre 1910))

Une seconde hypothèse également fréquente est celle d'usages différenciés selon les places ou les milieux professionnels. Ici encore, le juge est confronté à deux normes sociologiques différentes, également prégnantes dans leur milieu d'origine mais génératrices de solutions juridictionnelles opposées. Sa liberté de choix est enfermée dans le fait qu'un usage local ne vaut que contre les agents qui se sont installés sur la place, différenciation géographique (Lyon 26 janvier 1969), ou qui appartiennent au milieu, différenciation professionnelle (Paris 1 juillet 1970).

– *Le pouvoir créateur résultant de la volonté du juge*

La tâche principale du juge est de dire le droit. Même si ce pouvoir de *juris dictio* s'exerce sous la contrainte de règles formelles, il n'en est pas moins au cœur du processus de transformation des usages en normes juridiquement sanctionnées.

La mutation n'a certes vocation à se produire que le jour où la norme sociologique est suffisamment ancrée dans les mentalités pour que les clauses correspondantes deviennent purement tacites. À un premier stade (usage conventionnel), l'usage n'a qu'une portée interprétative. Dans le silence du contrat, on postule que les parties ont entendu s'en remettre à la règle non écrite et ont voulu se conformer à la manière habituelle de faire telle qu'elle se pratique dans le milieu concerné. En cas de litige, le juge peut écarter l'usage en faisant état de la volonté contraire des intéressés. Ce n'est qu'à un second stade (usage de droit) que la règle s'impose d'elle-même et non plus parce qu'elle est présumée refléter l'intention supposée des parties. L'illustration la plus éclatante de ce principe est donnée par la Cour de Cassation lorsqu'elle énonce que « l'article 1202 du code civil demeure sans application en matière commerciale où, à défaut de convention contraire, la solidarité est *de règle*. » (Civ. 18 juillet 1929) Cependant, bien que la régularité comportementale ait désormais acquis une force normative de nature sociologique, elle ne mute pas *ipso facto* en règle juridique. Elle doit être invoquée par le juge qui peut le faire de son propre chef et en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, confirmation technique que l'usage a bien acquis la force d'une règle de droit (Cass.Req. 22 décembre 1902).

La connaissance personnelle que le juge a de l'existence ou de l'inexistence d'un usage apparaît ainsi comme un élément déterminant de sa mutation en règle juridiquement sanctionnée. Le fait est d'autant plus remarquable qu'il constitue une exception manifeste à l'interdiction de principe faite aux magistrats d'asseoir leurs décisions sur des investigations poursuivies en dehors de l'audience (Pedamon 1959). On soulignera ici encore l'étendue du pouvoir du juge qui peut, sur la base de l'argument de la connaissance personnelle, écarter l'attestation (parère) établie par une autorité professionnelle compétente et qui

certifierait que telle pratique a valeur d'usage au sein du secteur d'activité considérée (Civ.3° 14 février 1984). Les parères, que l'on peut donc analyser comme une forme de validation des pratiques par les représentants des professionnels eux-mêmes, n'ont pourtant qu'une valeur indicative à l'égard du juge. Le magistrat apprécie souverainement la validité, le contenu et la portée des usages quelle que soit la forme sous laquelle ils apparaissent.⁸

À la limite, certains usages (au sens juridique du terme) s'analysent non pas comme des créations spontanées d'un milieu professionnel mais comme le produit d'une intention délibérée du juge de doter le milieu considéré de règles qu'il estime conforme aux intérêts des acteurs. C'est dans le silence des pratiques sous-jacentes que se développe alors le discours du juge. On pourrait ainsi estimer que la fameuse règle de solidarité commerciale est essentiellement d'origine judiciaire, l'arrêt de principe rendu en 1920 (Cass.Req. 20 décembre 1920) ne faisant que consacrer la jurisprudence du Parlement de Paris (arrêts du 19 juillet 1590) puis des tribunaux consulaires des XVII^e et XVIII^e siècles (Lepargneur 1951). L'attendu principal de la Chambre des requêtes est à lui seul révélateur qui fonde la décision sur le fait que « la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt du créancier qu'il incite à contracter et des débiteurs dont il augmente le crédit ». Une telle convocation de l'intérêt commun des parties renvoie plus, dans son esprit, au point de vue extérieur d'un arbitre soucieux de protéger les commerçants contre les conséquences nocives d'une exacerbation des égoïsmes individuels qu'à des considérations techniques d'efficacité, lesquelles sont le moteur naturel des usages professionnels.

Au total, un système de droit reposant sur l'émergence spontanée des règles juridiques à partir des normes sociologiques ne saurait se concevoir comme le triomphe de l'« *impersonal judge* ». La main visible du magistrat s'y manifeste avec une force certaine. En désignant souverainement les pratiques sociales qui ont valeur de règles juridiques et auxquelles il se réfère pour prendre sa décision, le juge dispose d'un pouvoir créateur indéniable. Le passage de l'ordre social spontané à l'ordre juridique résulte d'une manifestation de sa volonté, notamment de celle qui s'exprime dans les décisions de principe de la Cour de Cassation.

3 Pour un autre modèle de production du droit

Bien que la « *common law* » soit présentée comme intrinsèquement supérieure à la « *statute law* » en ce qu'elle serait plus proche de l'idéal

⁸ À titre anecdotique, on se référera à l'arrêt de la Cour de cassation qui reconnaît au juge du fond la possibilité de se référer à une coutume rédigée en 1520 pour régir le partage des bois et pâturages dans l'ancien pays de Soule. (Civ.3° 13 mars 1984)

hayékien d'un ordre juridique spontané, adaptable et mobilisateur du savoir dispersé, il nous semble qu'elle n'échappe nullement à la critique qu'elle-même adresse au constructivisme. Dans la mesure où le juge ne saurait être un simple observateur des pratiques sociales mais où il crée le droit en le disant, la « *common law* » confie à une instance spécialisée le soin de produire les normes juridiquement sanctionnées. Ce faisant, elle tombe dans le travers constructiviste puisque si le juge peut mobiliser un savoir technique important dans le domaine du droit, il ignore généralement tout de l'environnement dans lequel survient l'espèce et des usages du milieu.⁹ La « *common law* » présente donc le même défaut que la « *statute law* » : elle se fonde sur une illusoire omniscience d'un petit nombre d'individus chargés de concevoir les normes juridiques.

C'est donc vers une troisième forme de processus générateur de normes qu'il convient de se tourner si l'on veut réellement asseoir les règles juridiques sur les pratiques sociales et le savoir dispersé. Nous proposons de considérer comme un modèle possible le processus de normalisation.

3.1 Un processus de création qui permet la mobilisation de l'information

À l'origine, la normalisation ne constitue pas un processus de création de règles juridiques proprement dit. Selon l'article 1er du décret n°84-74 du 26 janvier 1984, « la normalisation a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux ». Instrument de rationalisation de la production, puis siège de nombreux enjeux (techniques, commerciaux, informationnels...), c'est seulement dans un troisième temps que la norme est devenue une solution alternative à la prolifération des dispositions législatives ou réglementaires (Wibaux 1997). Pour certains auteurs, cette extension du champ d'intervention des normes dans le domaine traditionnel de la loi ou du règlement apparaît d'ailleurs fortement critiquable (Penneau 1996).

En quoi le processus de normalisation permet-il une mobilisation de l'information que ne parviennent pas à réaliser les systèmes classiques de droit légiféré ou spontané ? La réponse tient aux conditions

⁹ L'argument selon lequel le juge consulaire est un professionnel élu ne pèse guère puisque, s'il vaut à la limite pour les usages à caractère général, le juge commerçant n'est pas mieux placé que le juge fonctionnaire, qui, après tout, est lui aussi un professionnel d'un domaine d'activité particulier, pour connaître les usages en vigueur dans les domaines d'activité autres que le sien. Pour le dire autrement, le cordonnier élu juge consulaire ne connaît pas nécessairement mieux que le juge de la cour d'appel les coutumes de l'industrie agro-alimentaire.

d'intervention des parties concernées par la règle en cours de gestation (Cas and Bout 1999, n°5743 et sts).

Le processus de création de la règle peut être initié par l'ensemble des acteurs du milieu concerné : utilisateurs d'un produit, fabricants, pouvoirs publics. Il est à la fois plus ouvert que l'ordre juridique fondé sur les usages puisqu'il ne se limite pas aux seuls professionnels du secteur et plus direct que le droit légiféré qui suppose la médiation d'un représentant du pouvoir législatif ou exécutif.

Lorsqu'elle est saisie d'une demande de création de norme, l'AFNOR procède à une étude d'opportunité durant laquelle elle consulte l'ensemble des parties prenantes et évalue la pertinence du recours à ce mode de régulation. Le cas échéant, elle saisit l'une de ses commissions de normalisation ou l'un des bureaux de normalisation, organismes indépendants agréés par le ministère de l'industrie. La préparation d'un avant-projet de norme donne lieu à des réunions au cours desquelles interviennent des experts (qualiticiens, juristes...), des producteurs et intermédiaires, des utilisateurs et l'administration. Cet avant-projet peut éventuellement être soumis à une mesure d'inspection, c'est-à-dire à une publication assortie de la possibilité pour toute personne intéressée de faire parvenir ses observations à l'AFNOR.

Au terme de cette consultation, l'avant-projet et les observations recueillies sont transmis à la commission de normalisation compétente qui élabore un projet définitif. Par leur composition et leurs méthodes de travail, les commissions sont vouées à la recherche du consensus entre les différents acteurs. Ce n'est qu'en cas de conflit irréductible que le Conseil d'administration de l'AFNOR est appelé à trancher et à imposer un point de vue. Au niveau international, un processus gigogne se retrouve avec l'ISO au sein de laquelle chaque pays est représenté par l'institut de normalisation le plus important (AFNOR dans le cas de la France).

La capacité de mobilisation du savoir apparaît particulièrement développée puisqu'elle intervient à tous les niveaux du processus : besoin éventuel d'harmoniser les pratiques professionnelles pour obtenir un degré optimal d'ordre dans un contexte particulier (saisine de l'AFNOR), drainage de l'information sur l'état des pratiques et des besoins (avant-projet)¹⁰, vérification de la capacité des intervenants à représenter les personnes intéressées (publication), confrontation des attentes catégorielles (recherche du consensus), définition des points de désaccord et des solutions imposées (arbitrage du Conseil). Ce faisant, la normalisation apparaît supérieure à l'ordre juridique spontané qui se fonde sur la reconnaissance de pratiques supposées générales par un juge. Comme celui-ci, la normalisation présente un caractère collectif essentiel au stade de la gestation de la norme. Mais, alors que la

¹⁰ Les auteurs du Lamy Commercial estiment que 30.000 personnes travaillent directement au processus de normalisation, ce qui implique une capacité de mobilisation du savoir pertinent supérieur à ce que peuvent produire les instances législatives ou judiciaires.

pratique sociale ne devient règle juridique que par un acte d'interprétation du juge qui dit le droit et définit souverainement le contenu et la portée de la règle, la normalisation accorde un poids plus important à la volonté collective des agents.

3.2 Un processus particulier de mutation des régularités sociologiques en normes juridiques

Le processus de normalisation est ensuite intéressant au regard de la manière dont il organise le passage d'un comportement sociologiquement partagé au statut de règle normative juridiquement sanctionnée. Alors que la disposition législative ou jurisprudentielle naît instantanément d'un acte de volonté unilatéral et instaure une césure marquée entre les deux statuts, la norme subit une métamorphose progressive qui implique un stade intermédiaire entre l'usage sociologique et la règle coercitive.

Une fois édictée, c'est à dire une fois la pratique sociale reconnue et légitimée par l'organisme ad hoc, la norme ne dispose pas pour autant d'une autorité juridique comparable à celle d'une loi ou d'une décision judiciaire.

La norme n'est la plupart du temps qu'une recommandation et c'est seulement par exception que sa mise en application peut présenter un caractère obligatoire. Il faut alors une intervention expresse des pouvoirs publics, notamment sous la forme d'un arrêté ministériel répondant à des considérations de sécurité (casques de motocyclettes : NF S 72-302), d'hygiène (préservatifs : NF S 90-032), de loyauté (huîtres : NV V 45-056)... Encore faut-il remarquer que les droits des fabricants concernés bénéficient d'un niveau de protection inhabituel en ce qu'ils disposent d'un double recours.

Contrairement à un texte législatif dont l'application est générale, les producteurs concernés par une norme rendue obligatoire peuvent solliciter une dérogation individuelle en cas de difficulté d'application. C'est ainsi qu'ont bénéficié d'une dérogation par nécessité et n'ont pas été soumis à la norme NF S 90-032 précitée des préservatifs dont l'extrémité représentait une tête d'animal. La décision ministérielle est susceptible de recours devant le tribunal administratif, ce qui suppose qu'un refus éventuel doit être motivé.

Sur un plan général, l'arrêté ministériel peut être contesté devant la juridiction administrative, celle-ci pouvant l'annuler en raison de la violation des formalités de procédure substantielles (C.E 5 décembre 1980), de l'incompatibilité avec les impératifs du droit interne ou communautaire (affaire des boîtes à lettres : (C.E 9 juillet 1993), d'erreur manifeste d'appréciation...

Plus intéressante encore est la possibilité de recours des intéressés contre les normes qui n'ont qu'une valeur strictement facul-

tative. Sous l'empire de la législation de 1941, la norme ne pouvait acquérir la valeur d'acte administratif faisant grief que par l'intervention du ministre, seule autorité habilitée à homologuer une norme. Il était donc possible de distinguer deux catégories de normes dont les régimes juridiques étaient opposés : la norme homologuée par l'autorité ministérielle et considérée comme un acte administratif ; la norme simplement enregistrée par l'AFNOR et ne disposant d'aucune prérogative de puissance publique. (CE, 17 févr. 1992) Dès lors que ce pouvoir d'homologation a été transféré du ministre à l'AFNOR par le décret n°84-74 du 26 janvier 1984, les normes homologuées ont changé de statut. Bien qu'elles soient créées par un organisme privé et qu'elles ne présentent pas de caractère contraignant, les normes sont unanimement considérées comme des actes administratifs car elles sont prises dans le cadre d'une mission de service public et elles correspondent à l'exercice d'une prérogative de puissance publique (Moderne 1975). Elles peuvent donc être contestées devant les juridictions administratives (Pour un exemple d'annulation : (C.E 2 juillet 1982). L'argumentation avancée à l'appui de cette situation spécifique est éminemment fragile. On invoque parfois l'approbation implicite du commissaire du gouvernement siégeant à l'AFNOR, ce qui donnerait à la norme le caractère d'un acte faisant grief. Au regard de la question traitée ici, une seconde explication est plus intéressante qui insiste sur les effets virtuels produits par la création de la norme. Celle-ci prépare et permettra éventuellement de donner naissance à une situation juridique nouvelle, soit par la possibilité qu'elle donne aux pouvoirs publics de se saisir de la norme considérée et de la rendre obligatoire par un arrêté d'homologation, soit par la faculté dont dispose l'AFNOR de l'imposer indirectement en l'incorporant comme référentiel de conformité dans le règlement particulier d'une marque « NF ».

L'analyse juridique confirme que la norme correspond à un état transitoire entre la régularité sociologique, qu'elle dépasse puisqu'un dispositif de protection est créé sous la forme de recours juridictionnels, et la loi dont la norme n'a pas le caractère d'obligation universelle.

3.3 Une répartition des responsabilités entre les acteurs

Corollaire de la mobilisation d'une information dispersée, l'entrée en vigueur d'une norme s'accompagne d'une prise de responsabilité des différents acteurs qui sont intervenus dans le processus de création. Celle-ci pourra se mesurer dans l'hypothèse où un produit fabriqué en conformité avec les exigences de la norme est cependant en cause dans un dommage subi par l'utilisateur. Dans les espèces correspondantes, la jurisprudence permet de dégager les solutions suivantes.

En premier lieu, s'agissant d'un régime de responsabilité pour faute, le seul respect de la norme ne suffit pas à exclure toute mise en cause du fabricant. La conformité de principe du produit est une chose,

la qualité de sa fabrication en est une autre. Ainsi, le vice caché du casque pourtant construit selon les exigences de la norme en vigueur impose au fabricant ou, comme en l'espèce à l'importateur, de réparer le dommage causé au conducteur de la motocyclette (Paris, 24 mars 1982). Pour être exonéré de toute responsabilité, le produit doit donc répondre cumulativement aux exigences de la norme et à celles du droit de la vente (Civ.1^o. 15 décembre 1965).

S'il ne s'agit plus d'une défaillance ponctuelle indépendante de la norme mais que la conformité aux prescriptions énoncées par la norme conduit nécessairement à une production défectueuse, la responsabilité de l'organisme de normalisation doit être envisagée.

En pratique, le cas est appelé à se produire du fait du vieillissement naturel des normes. Si celles-ci ne sont pas révisées régulièrement, elles risquent de ne plus refléter l'état des techniques ou des connaissances les plus avancées, fournissant ainsi aux acteurs une information et une garantie de qualité insuffisante. Que ce soit de manière inconsciente ou délibérée, le fabricant ou l'intermédiaire qui se contente de se mettre en conformité avec la norme considérée n'assure plus un niveau optimal de sécurité ou de loyauté des produits au regard de ce que les progrès scientifiques ou techniques devraient permettre d'offrir aux utilisateurs. Selon une jurisprudence classique (Di Malta 1964), le fait de fournir un renseignement administratif défaillant ouvre un droit à réparation pour la victime d'un dommage dès lors qu'elle « pourra se prévaloir d'un renseignement officiel d'une précision suffisante, qu'elle aura subi un dommage directement imputable à ce renseignement, enfin qu'elle n'aura fait preuve d'aucune négligence ou imprudence » (C.E 20 janvier 1988). La norme étant considérée comme un acte administratif, un recours peut être engagé contre l'AFNOR devant la juridiction administrative (cf. en matière de certification : C.E 23 mars 1983). Pour identifier la faute de l'organisme de normalisation, le juge peut se situer sur deux terrains : l'absence de réaction à une demande antérieure de modification de la norme ou le bouleversement des conditions dans lesquelles la norme a été prise et qui la privent de sa pertinence (C.E 5 mai 1986).

Enfin, la responsabilité de l'Etat pourra être recherchée si un arrêté d'homologation a rendu obligatoire une norme viciée ou anormalement laxiste.¹¹ L'ordre de la loi constitue une cause exonératoire pour le fabricant qui s'est conformé à la norme et a, de ce fait, mis sur le marché un produit défectueux. Dans le cadre général de la responsabilité de l'Etat du fait des règlements pris, celle-ci ne pourra être retenue que si la preuve est apportée d'une carence des services administratifs, notamment du retard apporté à retirer le texte dès lors

¹¹ Cf. le débat sur les tolérances de la norme NF S 90-032 en matière de porosité des préservatifs (remplacée par une nouvelle norme en mars 1996) (*50 Millions de consommateurs*, 1994, n°272, p. 83) ou de la norme NF S 54-002 relative à la sécurité des articles de puériculture (absence de verrouillage passif obligatoire ou de double manœuvre de fermeture pour les lits pliants)

que son insuffisance était connue. À cet égard, on connaît l'évolution jurisprudentielle qui n'exige plus la démonstration d'une faute lourde (C.E 14 décembre 1984) mais se contente d'une faute légère (C.E 9 avril 1993), voire impose réparation en l'absence de faute établie (Grenoble, 4 novembre 1991). Le fait de rendre obligatoire une norme qui n'est pas satisfaisante, notamment si celle-ci est supposée garantir la sécurité ou la santé des utilisateurs, serait donc de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

Il résulte de ce dispositif jurisprudentiel que l'instance qui confère à l'usage sociologique une force contraignante, qu'elle soit facultative ou obligatoire, doit assumer la responsabilité des dommages qu'une décision malheureuse ou qu'un manque de suivi pourrait engendrer. Au delà de la mobilisation des connaissances au moment où la règle émerge, c'est une incitation à la veille permanente que le système adresse à l'ensemble des acteurs, organisme de normalisation et pouvoirs publics dont la responsabilité peut être mise en cause, fabricants ou organismes collectifs de représentation des utilisateurs qui, en attirant l'attention de l'AFNOR sur l'obsolescence ou l'insuffisance d'une norme, préparent le terrain à d'éventuelles actions récursoires.

4 Conclusion

Le processus de normalisation constitue un instrument d'élaboration des normes qui s'avère sensiblement supérieur aux mécanismes classiques, que ceux-ci relèvent de la « *statute law* » ou de la « *common law* ». Il combine, en effet, plusieurs avantages généralement considérés comme exclusifs les uns des autres : mobilisation de la connaissance dispersée au sein d'une collectivité étendue d'acteurs socio-économiques, spontanéité (les normes juridiques s'enracinent dans les pratiques sociales et ne sont pas définies a priori par le législateur), uniformité (les pratiques reconnues comme socialement désirables sont l'objet d'un texte de portée générale qui s'impose dans les applications particulières qui peuvent en être faites individuellement par les juges). À ces divers titres, le processus de création des règles juridiques par la normalisation semble offrir un champ d'investigation particulièrement prometteur à l'économie du droit.

Bibliographie

- Backhaus, Juergen G., 1997a, "Efficient Statute Law", in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*.
- Backhaus, Juergen G., 1997b, "Harmonization of Law", In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave.
- Barrère, C., 1999, « Les approches économiques du système judiciaire », *Revue Internationale de Droit Economique*, (2), pp. 153-184.
- Benson, B., 1989a, "Enforcement of Property Rights in Primitive Societies : Law Without Government", *Journal of Libertarian Studies*, 9 (Winter), pp. 1-26.
- Benson, B., 1989b, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal*, 55 (January), pp. 644-661.
- C.E. 2 juillet 1982, AJDA 1982 : 643, concl. Pauti.
- C.E. 5 décembre 1980, Syndicat des importateurs de chariots de manutention, Rec.C.E : 461.
- C.E. 5 mai 1986, Fontanilles-Laurelli, AJDA 1986 : 510, concl. Latournerie.
- C.E. 9 avril 1993, AJDA 1993 : 381, observations Maugüe et Touvet.
- C.E. 9 juillet 1993, AJDA 1994 : 156 note Prétot.
- C.E. 14 décembre 1984, Rec.CE : 423.
- C.E. 20 janvier 1988, Aubrin, JCP 1989 : 21169.
- C.E. 23 mars 1983, Bureau Veritas, Rec.CE : 134.
- CE, 17 février 1992, AJDA 1992, p. 450, observations Deves
- Cas, Gérard, and Roger Bout, 1999. *Lamy Droit économique*, Paris : Lamy.
- Cass.Req. 5 décembre 1910, D.P 1912 (1) : 243.
- Cass.Req. 20 octobre 1920, S. 1922 (1) : 201 note Hamel.
- Cass.Req. 22 décembre 1902, DP 1903 (1) : 149.
- Civ.1°. 15 décembre 1965, Bull.Civ. I : n°715.
- Civ.2. 9 décembre 1981, Fougérolle c/ Banque du Proche Orient, D. 1983 (jur.) : 238 note Robert.
- Civ.3°. 13 mars 1984, JCP 1985 (II) : 20480 note Ourliac.
- Civ.3°. 14 février 1984, Bull.Civ.III : n°36 : 27.
- Civ. 14 mai 1850, D.P 1850 (1) : 157.
- Civ. 18 juillet 1929, D.H. 1929 : 556.
- Civ. 21 juillet 1931, D.P 1932 (1) : 49 note Hamel.
- Com. 15 octobre 1991, Chabaud c/ Jouvet. Rev.Trim.Dr.Com. 1993, 46(2) : n°3 Obs.Champaud et Danet.
- Danet, D., 1994, « Le dirigeant et l'omnibus », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 47 (2), pp. 173-198.

- Danet, D., 1995. « Le droit économique doit-il être hayékien ? », *Revue Internationale de Droit Economique*, (3), pp. 407-424.
- Danet, D., 1999, « Evolution spontanée et droit des affaires. Analyse du cas français », *Colloque Friedrich Hayek et la philosophie économique*, Cerisy la Salle.
- Di Malta, P., 1964, « Les renseignements administratifs », D., 1964, 232
- Friedman, D., 1979, "Private Creation and Enforcement of Law : A Historical Case", *Journal of Legal Studies*, 8 (March).
- Hayek, F., 1976, *The Road to Serfdom*, London, Routledge.
- Hayek, F., 1980, *Droit législation et liberté. Vol.1 Règles et ordre*, Paris, PUF.
- Hilaire, J., 1995, *Le droit des affaires et l'histoire*, Paris : Economica.
- Josselin, J.M., and Marciano, A., 1995, "Constitutionalism and Common Knowledge : Assessment and Application to a Future European constitution", *Public Choice*, 85 1-2, pp. 173-188.
- Josselin, J.M., et A. Marciano, 2000, « L'efficacité du droit économique spontané », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2, pp.351-363.
- Lepargneur, 1951, *La solidarité passive en matière commerciale*, Paris, Thèse doct.
- Leymarie, F., 1974, *Usages commerciaux*, In Encyclopédie Dalloz. Paris.
- Milgrom, P., North, D.C. et Weingast, B.E., 1990, "The Role of Institutions in the Revival of Trade : The Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs", *Economics and Politics*, 2 (March), pp. 1-23.
- Moderne, F., 1975, « Remarques sur le concept d'acte administratif, dans ses relations avec les notions de personne privée et de service à gestion privée », *AJDA*, 4.
- Ogus, A., 1998, "Self Regulation", *Encyclopedia of Law and Economics* : [http : //encyclo.findlaw.com/lit/9400art.htm](http://encyclo.findlaw.com/lit/9400art.htm).
- Penneau, A., 1996, « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », *JCP-E : I*, n°599.
- Rubin, P., 1977, "Why is Common Law Efficient ?", *Journal of Legal Studies*, 6 (51), pp. 51-63.
- Rubin, P., 1982, "Common Law and Statute Law", *Journal of Legal Studies*, (11), pp. 205-225.
- Wibaux, G., 1997, « Le statut juridique de la norme », *Rev. Conc. Consum.*, (99), p. 33.

Résumé

L'économie du droit accorde traditionnellement une place importante à l'analyse des processus au travers desquels émergent les normes juridiques qui forment le cadre des activités sociales. Deux grandes catégories doctrinales permettent d'appréhender le débat : d'un côté les systèmes de « droit légiféré », de l'autre les systèmes de « droit spontané ». Au-delà de ces vertus, cette classification ne nous paraît pas entièrement convaincante. Si elle rend compte de l'architecture différente des droits romano-germanique et anglo-américain, elle ne donne qu'une représentation appauvrie des systèmes juridiques évolués. Cet article revient sur les forces et faiblesses comparées du droit légiféré et du droit spontané avant de s'intéresser à un processus original de création des règles juridiques : la normalisation.

Abstract

The standard literature on law and economics analyses the provision of law through two types of process, either spontaneous or constructed. The goal of the paper is to present the vices and virtues of such a classification. It aims to show that besides the sole distinction between spontaneous and constructed law, a third type of process has to be analysed, normalisation. This paper analyses normalisation as a third way to produce legal rules.

Mots-clé

droit spontané, droit construit, normalisation.

Key-words

spontaneous law, constructed law, normalisation.

Classification JEL : K10, L15.